

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO DA PERSONALIDADE

Clarice Helena de Miranda Coimbra^{*}
Flaviano Ribeiro Quaglione^{**}

Resumo: Este estudo apresenta, inicialmente, a análise dos direitos fundamentais da pessoa humana apresentando sua classificação geracional clássica e sua colocação nas Constituições brasileiras, em especial na Constituição Federal de 1988. Após traz o exame sobre os direitos de personalidade quanto ao seu conceito, características e efeitos. Ao final procurou-se demonstrar a interrelação entre os referidos direitos e concluiu-se que os temas direitos fundamentais e direitos da personalidade são frutos de uma evolução jurídica em que o núcleo dos sistemas jurídicos contemporâneos se constitui com o dos Direitos da personalidade (Código Civil), Direitos fundamentais (Constituição Federal) ou Direitos humanos (em nível internacional).

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais, Direitos de Personalidade.

Sumário: 1. Introdução 2. Direitos fundamentais 2.1. Direitos fundamentais nas constituições brasileiras 2.2. Gerações dos direitos fundamentais. Classificação clássica 2.2.1. Classificação dos direitos fundamentais na constituição de 1988 2.2.1.1. Regime específico 3. Direitos da personalidade 3.1 Conceito, natureza jurídica e características. 3.2 Exceções às características dos direitos da personalidade. Efeitos póstumos 3.3 Formação da teoria dos direitos da personalidade: concepção dicotomizada 3.4 Fontes dos direitos da personalidade: teses positivistas e jusnaturalistas. teorias pluralista e monista. 3.5 Cláusula geral de promoção e tutela da personalidade humana. a insuficiência das teorizações clássicas. Direitos da personalidade das pessoas jurídicas. 4. Conclusão.

1 Introdução

Após a conquista do Estado democrático de Direito onde todos os Seres humanos tem direito a ter direitos, no sentido de se garantir dignidade, igualdade de condições e oportunidades, o texto constitucional passou a tratar a categoria de direitos civis e políticos quanto a dos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos fundamentais a serem obtidos através do Estado, a quem cabe assegurar o bem-comum e a justiça social.

A disciplina dos direitos da personalidade não é recente. Todavia, a bibliografia sobre os direitos da personalidade tem ficado restrita ao estudo da pessoal natural, sendo frequentes os trabalhos monográficos e dissertações sobre os direitos de ordem pública e privada do instituto. Porém, a partir da Constituição da Republica Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, ampliou a dimensão dos direitos fundamentais, justamente para favorecer o pleno exercício da liberdade real, através da intervenção do próprio Estado, de modo a garantir a igualdade substancial em complemento à igualdade formal antes apenas afirmada.

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta a base normativa necessária para proporcionar uma tutela adequada à personalidade, a partir da cláusula geral de tutela da personalidade. Para sua efetividade, porém, mister se faz ressaltar uma atualização metodológica e mesmo cultural do direito civil, e o passo dado com o advento da Lei nº 10.406/2002 (artigos 11 a 21) apesar de importante, demonstra-se retraído. Exige-se ainda, a participação efetiva dos cidadãos, organizados em vários segmentos, dotados de desenvolvida capacidade e consciência ético-jurídica, para controlar a atuação e as omissões do Poder Público, no que é pertinente à observância dos ditames constitucionais; e, do outro, o Estado-Juiz, operante, firme e corajoso, com vontade de fazer valer a Constituição.

Diante dessa realidade, o presente estudo, tem como objetivo tecer em dois capítulos, algumas considerações sobre a interdependência dos direitos fundamentais e direitos da personalidade.

Contudo, faz-se necessário precisar a terminologia empregada, expondo-se sucintamente aquilo que se entende por direitos fundamentais e direitos de personalidade, haja vista que muitos dos

^{*} COIMBRA, Clarice Helena de Miranda. Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Campos.

^{**} QUAGLIONE, Flaviano Ribeiro. Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Campos.

direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade.

Procurou-se valorizar a dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do Estado democrático de Direito como dado normativo central para a compreensão dos problemas jurídicos, invocando o respeito devido à sua individualidade, em virtude da cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana adotada pela Constituição Cidadã em seu art. 1º, inciso III. Mormente, diz-se elemento central na sociabilidade que caracteriza o conceito de Estado Democrático de Direito, mas que continua apresentando índices preocupantes de exclusão e de miséria do povo brasileiro.

2 Direitos Fundamentais

Sendo o Direito um fenômeno histórico-cultural, este consiste num sistema normativo, que pode ser estudado por unidades estruturais que o integram, sem perder de vista a totalidade de suas manifestações.¹

Contudo, segundo José Afonso da Silva, “a doutrina francesa indica o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais como as principais fontes de inspiração das declarações de direitos”.² Essas declarações de direitos, passaram a assumir de início, a forma de proclamações solenes em que se enunciavam os direitos, passando depois na França especialmente, a constituir o preâmbulo das constituições.³

Não se tem definido um conceito preciso dos direitos fundamentais, uma vez que são empregadas várias expressões para identificá-los. As expressões “direitos naturais”, “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos fundamentais”, “liberdades fundamentais” e “liberdades públicas”, tem sido usadas de forma equivocada, são usadas indistintivamente como sinônimos. Entretanto, essas expressões assumem conotações diferenciadas guardando entre si, apenas um núcleo em comum: a liberdade.⁴

Todavia, Antonio Enrique Pérez Luño afirma que a expressão “direitos fundamentais” (*droits fondamentaux*), aparece na França em 1770 no movimento político e cultural que levou à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Já na Alemanha, a expressão passou a fazer parte do sistema de relações entre o indivíduo e o Estado, enquanto fundamento de toda a ordem jurídico-política, sob o título de *Grundrechte*.⁵ Logo, grande parte da doutrina entende que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas Constituições estatais.⁶ Seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁷

Para José Joaquim Gomes Canotilho, existe um corte no marco histórico no processo de desenvolvimento da idéia de direitos fundamentais, que conduziu a uma separação absoluta entre duas épocas: uma, anterior à Declaração de Direitos de Virgínia (12-6-1776) e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26-8-1789), caracterizada por uma falta de bom senso em relação à idéia dos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada constitucionalização ou positivação dos direitos do homem nos documentos constitucionais.⁸

Konrad Hesse afirma que a Constituição, converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª. Edição, 3ª. Tiragem, Editora Malheiros, 1993, p. 34.

² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 158.

³ *Ibid.*, p. 160

⁴ *Ibid.*, p. 162.

⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion*. 5ª. Ed., Madrid: Tecnos, 1995, p. 30-31.

⁶ “Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*). Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villalón: onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 347).

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 359.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 350.

ordem constitucional - , não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).⁹

Em sua evolução, já no início do século XX, os direitos fundamentais fizeram-se presentes em vários diplomas constitucionais¹⁰ marcados pelas preocupações sociais sendo estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional.¹¹

2.1. Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras

As oito Constituições marcadas em sua existência por acontecimentos solenes e fundamentais escritos, tiveram em sua época grande significado, apesar das várias mudanças por que passaram os direitos fundamentais haja vista as inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro.

A primeira delas foi a Constituição Política do Império do Brasil, sistema estruturado em 25-3-1824, que em seu art. 1º, declarava que o Império do Brasil “é a associação política de todos os cidadãos brasileiros, que formam uma nação livre e independente que não admite, com qualquer outro, laço de união ou federação, que se oponha à sua independência.”¹² Todavia, no art. 179, a Constituição trazia uma declaração de direitos individuais que, nos seus fundamentos, permaneceu nas constituições posteriores.¹³ Contudo, com o tombamento do Império, as forças republicanas-federalistas assumiram o poder e cuidaram da transformação do regime instalando um governo provisório sob a presidência do então Marechal Deodoro da Fonseca, onde fora proclamada a República Federativa através do Decreto 1, de 15-11-1889,¹⁴ que designou uma comissão especial tendo como líder Rui Barbosa para elaborar projeto de Constituição que seria votado pelo Congresso Constituinte, ainda por ser eleito. Assim, nasceu a primeira Constituição Republicana em 24-02-1891.

Entretanto, com o marco da revolução de 1930, subiu ao poder Getúlio Vargas, líder civil da revolução, que atentou para as questões sociais,¹⁵ sendo posteriormente publicada a Constituição de 1934, sendo marcada pelas inovações da época, diferenciando-se das anteriores. O Brasil passou a substituir o Estado liberal pelo Estado social.¹⁶

Três anos depois, mediante o golpe de Estado, inspirado no regime fascista italiano, fora promulgada em 10-11-1937 uma nova Constituição, sendo implantado uma nova ordem denominada Estado Novo. Entretanto, a carta de 1937 não teve aplicação regular, pois muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta.¹⁷

Distinta de sua antecessora, a Constituição de 18-9-1946. “Apesar de não ter sido elaborada com base em um projeto preordenado, que se oferecesse à discussão da Assembléia Constituinte”¹⁸, o texto preocupou-se sua tarefa na redemocratização, oferecendo condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos de vigência,¹⁹ assegurando ao povo brasileiro e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, consagrando, expressamente, direitos e garantias.

⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* (Die normative Kraft der verfassung). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

¹⁰ A doutrina destaca como principais textos: Constituição mexicana de 31/01/1917, Constituição de Weimar de 11/08/1919, Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 17/01/1918, seguida pela constituição Soviética (Lei Fundamental) de 10/07/1918 e Carta do Trabalho, editada pelo Estado fascista italiano em 21/04/1927. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 139-156).

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 347.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 69.

¹³ Loc. cit.

¹⁴ Ibid., p. 71.

¹⁵ Ibid. p. 74.

¹⁶ Ibid. p. 75.

¹⁷ Ibid. p.76.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 78.

¹⁹ Loc. cit.

Mormente, a Constituição de 24 de janeiro de 1967 que entrou em vigor em 15-3-1967, tendo como Presidente o Marechal Arthur da Costa e Silva, igualmente previa um capítulo de direitos e garantias individuais.²⁰

Outrossim, durou pouco, pois devido às várias crises no governo rompendo a ordem constitucional, com a declaração do AI 5, de 13-12-68, e a impossibilidade do Presidente Costa e Silva de continuar governando, onde fora declarado temporariamente impedido do exercício da Presidência pelo AI, de 31-8-1969, que imputou o exercício do Poder Executivo aos Ministros da Marinha e Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que deram continuidade ao preparo de novo texto constitucional, promulgado em 17-10-69, como EC 1 à Constituição do Brasil, passando a vigorar na data de 30 de outubro de 1969, e reconhecida pelo ordenamento jurídico como a sétima ou penúltima Constituição brasileira. Isto porque, teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.²¹

Destarte, foram introduzidas na Constituição várias alterações, que na maioria das vezes, não passaram de simples aprimoramento de redação, mas que contribuíram para o fortalecimento do Poder Executivo.

Acontece, porém, que começara um novo movimento pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito, tendo como marco uma nova ordem constitucional, denominada de Nova República. “O povo brasileiro emprestou a Tancredo Neves todo o apoio para a execução de seu programa de construção da Nova República, a partir da derrota das forças autoritárias que dominaram o país durante vinte anos (de 1964 a 1984).”²²

Com a ampla participação popular para sua elaboração em 05 de outubro de 1988, adveio a abertura política e a atual Constituição da República Federativa do Brasil, inaugurando uma nova etapa da positivação dos direitos fundamentais, marcada por grandes conquistas, e chamada por muitos, de “Constituição Cidadã”.²³

No novo texto constitucional fora inserido no Capítulo II do Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, o capítulo sobre os Direitos Sociais, vez que nas Constituições de 1934 a até 1988, o reconhecimento dos direitos “econômicos e sociais” vinha sendo mantido sob a forma de princípios, catalogados em capítulo sobre a “Ordem econômica e social”.²⁴

Com efeito, o Estado Democrático de Direito baseia-se na democracia e na efetividade dos direitos fundamentais, estes sob o ponto de vista de sua interdependência e indivisibilidade²⁵, que adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania²⁶ e o direito de participação de diferentes grupos, porque não há direito à vida sem atender às necessidades de condições mínimas de uma existência digna.²⁷

²⁰ Ibid. p. 79.

²¹ Ibid. p.80.

²² SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 81.

²³ Ibid., p. 82.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 17ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 251.

²⁵ Não se pode dar prioridade aos direitos de liberdade em detrimento dos direitos sociais ou vice-versa. Por isso, a importância de tratar os direitos fundamentais como valores indivisíveis. Essa indivisibilidade dos direitos fundamentais requer que seja afastada a idéia de divisão dos direitos através de gerações, bem como seja posto de lado a idéia de que os direitos sociais são direitos de segunda categoria, como se houvesse hierarquia entre as diversas gerações de direitos fundamentais, e que a transgressão de um direito social não fosse grave quanto a transgressão de um direito civil ou político.

²⁶ “Cidadania é um processo (de participação política) e, tal qual a democracia, um aprendizado. Não há pré-requisitos para a cidadania.” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 315).

²⁷ Segundo Luiz Edson Fachin, “Dignidade é mais que um vocábulo, e a igualdade transcende a expressão do signo lingüístico. Ser sujeito de direito tem correspondido a ser eventualmente sujeito de direito. A susceptibilidade de tal titularidade não tem implicado concreção, efetividade. A proclamação conceitual inverte-

Assim, o modelo adotado pelo Brasil, sob a proteção do Estado Democrático de Direito, desde a promulgação da Carta Magna de 1988, inaugura a era dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a construção de uma sociedade justa e democrática torna-se um desafio concreto no dia-a-dia de cada cidadão, requerendo deste, uma postura reflexiva da conquista de seus direitos e que não pensem que os escolhidos através do voto para representarem o povo brasileiro e que detém condição privilegiada, possam tomar sozinhos as decisões que afetam toda a nação.

2.2 Gerações dos direitos fundamentais. Classificação histórica.

Para Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, “tornou-se clássica a teoria histórica da classificação dos direitos fundamentais em os de primeira geração (individuais), segunda (sociais), terceira (coletivos) ou até mesmo a quarta geração (difusos).”²⁸ Mas, segundo George Marmelstein Lima,²⁹ foi o jurista tcheco Karel Vasak que no ano de 1979 em Estrasburgo, que pela primeira vez utilizou-se da expressão “gerações de direitos do homem”, procurando demonstrar em aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, a evolução dos direitos humanos com base no lema da Revolução Francesa (liberté, égalité, fraternité).³⁰

Classificados pela doutrina em gerações, com fundamento em contextos históricos de seu surgimento, os direitos fundamentais, também são classificados como “dimensões dos direitos fundamentais”³¹ que para Willis Santiago Guerra Filho, distingue-se a formação sucessiva de uma primeira, segunda, terceira e de uma quarta geração de direitos.³²

Todavia, a tese da historicidade dos direitos fundamentais ganha defensores como o jurisfilósofo italiano Norberto Bobbio, que sintetiza a geração de direitos a partir da relação entre esses e o Estado, afirmando:

(...) Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.³³

Entretanto, defensor da teoria é Paulo Bonavides,³⁴ que valeu-se do lema liberdade, igualdade e fraternidade, para também utilizar as expressões “direitos de liberdade” sendo os de primeira geração, “direitos de igualdade” como sendo os de segunda geração e “direitos de fraternidade ou de solidariedade” como terceira geração, acrescentando ainda, uma quarta geração como efeito de uma

se na realidade. Livres e iguais para não serem livres e iguais.” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35.).

²⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 189.

²⁹ Juiz Federal no Estado do Ceará, Professor Universitário, e-mail: george@jfce.gov.br.

³⁰ LIMA, George Marmelstein. *Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.georgemlima.hpg.ig.com/doutrina/geracoes.doc>. Acesso em 30 nov. 06.

³¹ Willis Santiago Guerra Filho, entende que o mais prudente seria falar em “dimensões dos direitos fundamentais” ao invés de “gerações”, vez que para o autor, “não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 40).

³² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 38-39).

³³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p.5.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 522.

globalização política dos direitos fundamentais e que assumiria as gerações anteriores como “dimensões” suas:

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.³⁴

Segundo o autor, os direitos fundamentais de primeira geração caracteriza-se como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Os de segunda geração como sendo direitos sociais, culturais, econômicos, coletivos ou de coletividades, relacionando-se ao princípio de igualdade. Já na terceira geração, concebe-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano (direito ao patrimônio histórico, ao meio ambiente, direito dos povos ao desenvolvimento etc).³⁵

Explica Celso Lafer, outro defensor desta teoria, que a primeira dimensão de direitos fundamentais são consubstanciados na liberdade, segurança e propriedade, onde fora historicamente complementada, em face do legado do socialismo, pelos direitos sociais, culturais e econômicos, também considerados de segunda geração, garantindo a todos os indivíduos condições existenciais mínimas, mediante participação do “bem-estar-social”, como bens que os homens, através do processo coletivo, vão acumulando no tempo.³⁶

Entretanto, para Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, existe uma preocupação sociológica quanto à afirmação de que os direitos da primeira, segunda e terceira gerações devem ser considerados como dimensões para os direitos de quarta geração (direitos à democracia), posto que este último, assumiria a noção de “interdependência entre os direitos fundamentais”, no que faz menção ao seu exercício efetivo e concreto.³⁷ E como classificação histórica, é discutível para o autor, o quanto a classificação dos direitos em gerações pode colaborar “do ponto de vista sistemático da aplicação adequada dos dispositivos que consagram esses direitos, nas chamadas “situações de concorrência ou de colisão”, principalmente quando se trata de direitos considerados como de gerações diferentes.”³⁸

Em razão de todas as ponderações que a doutrina tem difundido ao longo dos tempos, observa-se uma preferência ao termo “dimensões” no lugar de “gerações”, afastando a idéia de sucessão, em que uma geração substitui a outra.

Todavia, os direitos fundamentais, segundo Menelick de Carvalho Netto,³⁹ são o resultado de um dramático processo de aprendizado do qual todo indivíduo, enquanto cidadãos de seu tempo, dele participa.

(...) Só podemos observar algo com os olhos que temos, marcados socialmente e historicamente datados, e não com supostos olhos divinos e atemporais. Nossos olhos são sempre os olhos de uma sociedade determinada, de determinada época.⁴⁰

Ressalta-se que, o ideal é considerar que todos os direitos fundamentais (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais etc) fazem parte de uma mesma realidade dinâmica mediante influências recíprocas, e que podem ser compreendidos e analisados em todas as dimensões,

³⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 525.

³⁵ ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. *Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 231.

³⁶ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 127.

³⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 191.

³⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Op. cit., p. 192.

³⁹ CARVALHO NETTO. Menelick de. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 151.

⁴⁰ Loc. cit. p. 151.

ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão).

2.2.1 Classificação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.

Para José Afonso da Silva, alguns autores ao classificarem os direitos fundamentais acabam por confundir os mais do que esclarecerem. Entretanto, a classificação adotada pelo autor, decorre do Direito Constitucional brasileiro, que os “agrupa com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela.”⁴¹ Na análise desse critério, estes podem ser: a) direitos fundamentais do homem-indivíduo (são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. São os chamados direitos individuais e ainda por liberdades civis e liberdades-autonomia - França); b) direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade ou direitos coletivos; c) direitos fundamentais do homem-social, (que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais); d) direitos fundamentais do homem-nacional (são os que tem por conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades); e) direitos fundamentais do homem-cidadão (são os direitos políticos) também chamados de direitos democráticos ou direitos de participação política e, ainda, inadequadamente chamados de liberdades políticas, pois constituem apenas aspectos dos direitos políticos.⁴²

O autor faz uma síntese com base nos artigos da Constituição, classificando-os em cinco grupos a saber: I) direitos individuais (art.5º); II) direitos coletivos (art.5º); III) direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss); IV) direitos à nacionalidade (art. 12); V) direitos políticos (arts. 14 a 17). Todavia, a Carta Magna não inclui os direitos fundados nas relações econômicas entre os direitos fundamentais sociais, sendo certo que os direitos econômicos existem e que são tratados no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira (arts. 170-192).⁴³

2.2.1.1 Regime específico

Após declinar os princípios e objetivos fundamentais da República, a Constituição Federal de 1988 declara os direitos e liberdades fundamentais, consagrando a liberdade e a igualdade, sem os quais jamais se poderia sustentar a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental disposto no art. 1º, inciso III. Tal princípio faz uma proclamação de valor universal, abrangente do ser humano.

Entretanto, “o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos.”⁴⁴

A liberdade sem o mínimo de igualdade não tem valor. Do mesmo modo, de nada vale a igualdade se não existir garantia de liberdade. “Se ela não é igual para todos estará afetando a quem não a tem na proporção outorgada aos demais, ferindo sua dignidade.”⁴⁵

Outrossim, quanto a perspectiva teórico-jurídica, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos⁴⁶, devendo ser tratada de forma abstrata e sistemática, todavia, interna ao Direito, uma vez que no próprio direito interno, há que se distinguir direitos fundamentais dos “direitos de personalidade”, por serem esses direitos que se manifestam em uma dimensão privatista, onde também se manifestam os direitos fundamentais, mais de forma indireta, reflexa desses direitos.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 167.

⁴² Ibid. p. 168.

⁴³ Loc. cit. p. 168.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 380.

⁴⁵ EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. *A AIDS e os direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, nº 6, junho de 2005, p. 169-205.

⁴⁶ Apesar de as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” terem surgido na França durante o século XVIII, e a sua formulação jurídico-positiva no plano do reconhecimento constitucional datar do século XIX, as origens de sua fundamentação filosófica remontam aos primórdios da civilização humana. Logo, todos os direitos são humanos visto que apenas o ser humano é sujeito de direito capaz, portanto, de exercer a sua personalidade jurídica. (Cf. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 13-24; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op. cit., p. 25-30).

José Joaquim Gomes Canotilho, fundamenta com destreza os direitos de personalidade vez que estes abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir”, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.⁴⁷

Percebe-se pois, que as chamadas gerações de direitos nascem em contextos sociais específicos, e, dada a certeza de estar diante de uma sociedade mais complexa, torna-se necessário, buscar uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais conquistados, sabendo-se que esses direitos fundamentais só serão obtidos quando o cidadão, assumir um papel ativo na transformação concreta desses direitos e com a participação do Estado.

Com efeito, na sociedade globalizada⁴⁸ o estudo dos Direitos das pessoas, portanto, o Direito civil, na acepção de José Joaquim Gomes Canotilho, autonomizam um “direito ao livre desenvolvimento da personalidade” constituindo-se em uma ordem de direitos subjectivos, mas também uma ordem objectiva que justificará, entre outras coisas, o reconhecimento de direitos fundamentais a pessoas colectivas e organizações (ex.: os direitos reconhecidos às organizações de trabalhadores na Constituição Portuguesa). Neste domínio é particularmente visível a separação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade.”⁴⁹

Neste sentido, a importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevada à categoria de princípio fundamental disposto na Carta Magna, ganha espaço na teoria do direito pós-moderno cujos vértices se assentam na estrutura da codificação civil vigente a partir de janeiro de 2003, por seus três pilares fundantes: o contrato, a família, a posse e a propriedade,⁵⁰ gerando um novo e importante ramo jurídico, o dos Direitos da personalidade.

3 Direitos da personalidade

3.1 Conceito, Natureza Jurídica e Características.

A tutela jurídica dos direitos da personalidade fundamenta-se em dois níveis, um de natureza constitucional, reunindo princípios que organizam e disciplinam a organização da sociedade, e outro, próprio da legislação ordinária, que desenvolve e concretiza esses princípios.

O tema relativo aos direitos da personalidade tem gerado, desde os primórdios de sua conformação teórica, verdadeira procela doutrinária em razão, sobretudo, de diversas dificuldades conceituais. Algumas dizem respeito, principalmente, às dissensões quanto à existência desta categoria de direitos, à duplicidade de tratamento dispensado pelo direito positivo, assim como à juvenilidade de sua teorização, cuja progênie remonta à segunda metade do século XIX.

Com efeito, no que tange, especificamente, à realidade ôntica dos direitos da personalidade, houve aqueles que – partidários de teorias negativistas, dos quais se destacam Savigny, Enneccerus, Ravà, Jellinek dentre outros – se mostraram refratários à sua admissão existencial sob o argumento de que a personalidade, vista como capacidade de adquirir direitos e deveres, não pode ser objeto de direitos, já que, ao contrário, os titulariza. Além disso, pugnavam pela desnecessidade de se reconhecer um direito geral de personalidade direcionado à proteção da saúde, da vida e de outros bens essenciais, pois que esses valores inerentes à pessoa recebiam tutela idêntica à que era dispensada aos direitos subjectivos.⁵²

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 362.

⁴⁸ Cf. VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*, Rio de Janeiro: Record, 1997.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p.363.

⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15.

⁵² ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, vol. I, 1947, p. 307: “...no hay necesidad alguna de reconocer un derecho general de la personalidad, pues los bienes indisolublemente unidos a

Ademais, o enfoque dicotomizado dado pelo direito positivo, que, sob um ângulo publicista, os reconhece como direitos humanos e, numa ótica privatística, confere-lhes o status de direitos da personalidade, renova-lhes as dificuldades teóricas, pois tenta fixar disciplina e feições diversas a categorias jurídicas com idêntico conteúdo, consistente na tutela dos valores mais elevados da pessoa humana.⁵³

No que respeita à pueril construção teórica dos direitos da personalidade, sobreleva, entre os autores, a discussão a respeito do pouco tempo que intermedeia o seu surgimento e sua configuração atual. O escasso lapso temporal ainda não teria sido suficiente para produzir o necessário amadurecimento doutrinário capaz de superar as divergências que subsistem, de que são exemplos a fonte de onde provêm, sua natureza jurídica e extensão.⁵⁴

Inobstante toda a agitação que envolve o tema, é possível identificar elaborações teóricas básicas, definidoras de alguns contornos atinentes aos direitos da personalidade e conquistadas pela evolução doutrinária que se produziu com o pensamento juscientífico. Um desses contornos fixados pelas teorias recém processadas refere-se ao conceito de tais direitos.

Assim, direitos da personalidade são aqueles que conferem às pessoas o poder de proteger as características mais relevantes de sua personalidade e, sem os quais, esta se tornaria algo insuscetível de realização, tendo sua existência impossibilitada; são direitos subjetivos, cujo conteúdo se identifica com os valores e bens essenciais da pessoa humana, abrangendo aspectos morais, intelectuais e físicos. Afastam-se dos direitos patrimoniais, e existem a par destes, exatamente por serem despidos de conotação econômica intrínseca.

Carlos Alberto Bittar, define os direitos da personalidade como sendo direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.⁵⁵

Quanto à natureza jurídica dos direitos da personalidade, são eles enquadrados, pela doutrina, na categoria dogmática dos direitos subjetivos, muito embora recebam um tratamento jurídico especial e preeminente se confrontados com os demais direitos da mesma categoria.² Esta diferenciação se dá, principalmente, em virtude do objeto que visam proteger – os valores e bens essenciais inerentes ao ser humano – do que decorre uma tutela jurídica de natureza dúplice, integrada pelos níveis constitucional e de legislação ordinária, conseqüentemente permeada por diversas esferas do direito positivo.⁵⁶

Convém reafirmar que em sede constitucional, encontram-se princípios e direitos fundamentais atinentes à promoção e defesa da personalidade, dos quais podem ser citados como exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), os direitos à vida, à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*), assim como os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X).

No âmbito infraconstitucional, destaca-se, na esfera civil – em conjunto com diversas leis esparsas (Lei 9.434/1997, relativa ao transplante de órgãos; Lei 9.610/1998, que protege o direito moral do autor; Lei 9.279/1996, referente aos direitos sobre a propriedade intelectual, dentre outras) – o Código Civil brasileiro de 2002, que, aliás, ao positivizar os direitos da personalidade, demonstrou forte pendor à inesgotabilidade do elenco contentor dessas prerrogativas jurídicas, desempenhando o capítulo a elas pertinente um papel não de disciplina exaustiva, porém, muito mais de estabelecimento de parâmetros principiológicos.⁵⁷

la persona, como la vida, el cuerpo, la salud y la libertad corporal tienen una protección absoluta general igual que los derechos subjetivos”.

⁵³ TEPEDINO, Gustavo. “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33.

⁵⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo como o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 18.

⁵⁵ BITTAR, Carlos Alberto. op. cit., p. 1.

² TEPEDINO, Gustavo. op. cit., p. 35.

⁵⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 257.

⁵⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto do Código Civil*. disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm>, afirmando que “também se abriu [no novo Código Civil] um

Na esfera penal, desponta o Código Penal brasileiro, que possui vários dispositivos que protegem os direitos da personalidade através da tipificação de condutas tais como: o homicídio (art. 121), o infanticídio (art. 123), a difamação (art. 139), o domicílio (art. 150), a violação de correspondência (art. 151) etc.

Em decorrência da peculiaridade do seu objeto – os atributos essenciais do ser humano – acorda a generalidade da doutrina em atribuir características singulares aos direitos da personalidade, distinguindo-os dos demais direitos subjetivos. São, assim, gerais, absolutos, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, intransmissíveis e imprescritíveis.

A *generalidade* dos direitos da personalidade resulta de que o único pré-requisito para titularizá-los é o fato de ser pessoa humana, sendo, portanto, conferidos a todos. São *absolutos* porque possuem oponibilidade *erga omnes* (contra todos), impondo à coletividade, e não somente a algumas pessoas, que os respeitem. Neste ponto, digressiona-se com uma interessante observação feita por José de Oliveira Ascensão, que aponta a peculiaridade dessa categoria de direitos, consistente no fato de serem absolutos, uma vez que, via de regra, direitos que possuem esta característica (oponibilidade contra todos) constituem um *numerus clausus*.⁵⁸

Os direitos da personalidade são, igualmente, *extrapatrimoniais*, em virtude de que não estão sujeitos a qualquer avaliação econômica, muito embora de sua violação possa advir efeitos pecuniários. *Irrenunciáveis*, pois não é consentido ao seu titular abdicar deles, ainda que tal pretensão tenha, eventualmente, o fim de promover a manutenção de sua subsistência (a do sujeito). Sua *intransmissibilidade* significa que não podem ser alheados por ato entre vivos, tanto gratuito como oneroso, e que, por serem de natureza personalíssima, exaurem-se com a morte de seu titular; há, porém, entendimento segundo o qual alguns direitos e interesses respeitantes à personalidade subsistem *post mortem*, dando ocasião a que sejam transmissíveis por sucessão *causa mortis*, conforme se verá mais adiante. Por fim, os direitos da personalidade são também *imprescritíveis* porque, primeiro, ainda que o titular se abstenha de exercê-los durante um longo período, poderá sempre utilizá-los; segundo, porque a pretensão ressarcitória não se extingue em virtude da convalescença de eventual lesão a tais direitos.

3.2 Exceções às características dos direitos da personalidade. Efeitos póstumos.

Embora os direitos da personalidade possuam atributos que, principalmente em razão dos bens que protegem – os quais, reitera-se, constituem os valores mais elevados da pessoa humana – os singularizam frente às demais prerrogativas jurídicas inseridas na mesma categoria dogmática de que participam, cria a ordem jurídica algumas exceções a essas características, estabelecidas no interesse do titular do direito ou no da coletividade.

Dotados de maior visibilidade são os temperamentos pertinentes à indisponibilidade desses direitos, tornando possível, para esses bens, a aquisição de circulabilidade jurídica, geralmente em virtude do interesse negocial do sujeito.

Assim é que se permite ao sujeito daqueles direitos personalíssimos que sofrem a intervenção do ordenamento para que se tornem disponíveis – como, por exemplo, o direito à imagem – que possa usufruir resultados patrimoniais decorrentes de sua utilização pública, desde que não haja ofensa aos valores integrantes da personalidade humana. Dá-se, com isto, compatibilidade entre as características desses direitos e aos aspectos econômicos decorrentes das relações jurídicas que se formam como

capítulo para os direitos da personalidade, estabelecendo-se não uma disciplina completa, mas os seus princípios fundamentais”.

⁵⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 26, abr-jun. 2006. Rio de Janeiro: Padma, p. 56, aduz que: “Os direitos da personalidade são direitos absolutos. Os direitos absolutos, porque vigoram *erga omnes*, são um *numerus clausus*, para que não aconteça que terceiros sejam surpreendidos ao verificarem estar vinculados por direitos que desconheciam. Não obstante, os direitos de personalidade, sendo absolutos, são atípicos. Porquê (sic) tão grande singularidade? Porque se pressupõe justamente que tutelam a pessoa. E a pessoa, nos seus aspectos fundamentais (que são justamente o objecto destes direitos) é uma realidade que todos conhecem, porque se impõe por natureza ao conhecimento de todos”.

consectário da permissão de ingresso, no circuito jurídico, dos valores que compõem a personalidade do indivíduo.⁵⁹

Portanto, é a título de exemplo, com base no interesse do titular de direitos autorais em fazer aportes de receitas ao seu patrimônio, assim como no de recrudescer a acessibilidade à sua criação, que a ordem jurídica opera mitigações na rigidez representada pela característica da indisponibilidade que possuem tais direitos em sua feição moral. O mesmo acontece com o direito à imagem, freqüentemente cedido, em geral por pessoas famosas, para que seja utilizado em campanhas comerciais cujo objetivo é promover produtos e empresas.

Anote-se, porém, que a celebração de negócios jurídicos envolvendo os direitos da personalidade, além de ser feita por meio de contratos específicos, demanda que haja, como requisito fundamental, expressa anuência do titular. Ademais, como tais direitos gozam do atributo da *intransmissibilidade*, importa frisar que os tipos de contratos que guardam adequação com negócios cujo conteúdo se refere a essa modalidade de direitos são apenas aqueles que implicam o uso por tempo determinado. Devem esses contratos, outrossim, conter especificações relativas às circunstâncias negociais objetivas, mormente no que tange às condições em que se dará a utilização do direito disponibilizado, à finalidade do negócio, ao prazo e demais circunstâncias julgadas relevantes. Os contratos mais comuns para a realização desse tipo de avença são os de concessão ou de licença, de merchandising, de cessão, de encomenda e de edição.⁶⁰

Ainda quanto à expressa autorização do titular como requisito para a celebração do pacto negocial e, por consequência, da utilização do bem que integra a personalidade, chega-se ao entendimento de que fica proibida qualquer modalidade de uso não expressamente autorizado, bem como a utilização que desborde dos lindes teleológicos, instrumentais e temporais, além de outros, estabelecidos no contrato. Exemplo deste segundo tipo de fruição seria o uso da imagem de alguém na promoção de um certo produto, quando, na verdade, a permissão foi dada para promover um produto diverso do originariamente avençado; ou o uso da mesma imagem para fim comercial, embora a autorização fora concedida para fim altruístico.⁶¹

À parte as exceções previstas pela ordem jurídica às características dos direitos da personalidade, sobretudo as mitigações relativas à sua circulação jurídica, relevante é o fato de que essas prerrogativas subsistem postumamente, apesar de, usualmente, se extinguirem da mesma forma como acontece com os outros direitos subjetivos, isto é, com o passamento de quem os titulariza.

Dessa maneira, a lei confere aos familiares do defunto, legitimidade para exercer tais direitos, defendendo ou preservando sua personalidade. Podem, desde que respeitada a ordem de vocação hereditária, ajuizar ação que veicule pretensão ressarcitória em virtude de atos ilícitos perpetrados contra alguns dos bens personalíssimos do morto.⁶² Também, como agem por direito próprio, encontram-se os familiares legitimados para proceder à autorização do uso científico ou altruístico do corpo ou de órgãos do parente falecido.

Alguns desses direitos, como o direito moral de autor, geram efeitos *ad aeternum*, pois prevê a lei que a integridade da obra deve ser preservada mesmo depois de cair em domínio público. Assim preceitua o dispositivo contido na lei 9.610/98, artigo 24, § 2º: “Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público”.

Por derradeiro, reproduz-se um acórdão do STJ com o fim de ilustrar o que vem de ser dito a respeito dos direitos da personalidade:

CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM E À HONRA DE PAI FALECIDO. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos

⁵⁹ BITTAR, Carlos Alberto., op. cit., p. 49.

⁶⁰ Id. Ibid., p. 50.

⁶¹ Os exemplos estão na já referenciada obra de Bittar, p. 50.

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. I. 20ª ed., rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 243.

filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Segundo recurso especial das autoras não conhecido. Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido.⁶³

3.3 Formação da teoria dos direitos da personalidade: concepção dicotomizada.

Vários foram os pensamentos doutrinários e filosóficos que influenciaram a construção da teoria dos direitos da personalidade humana, podendo ser destacados o Cristianismo, pelo fato de ter estabelecido a idéia de dignidade humana; a Escola de Direito Natural, que propagou a concepção da existência de direitos inatos à natureza humana e anteriores à formação de um Estado político organizado e a um ordenamento jurídico positivo; e, mais recentemente, os filósofos do Iluminismo, que valorizavam o indivíduo em face do Estado.⁶⁴

Ao fazer uma breve análise da historicidade dos direitos da personalidade, depara-se o pesquisador com a recentidade da deferência da pessoa humana, pelos ordenamentos jurídicos, como um valor ubíquo, cuja reconhecimento foi diretamente impulsionada pela doutrina cristã – que vislumbrava o ser humano como um sujeito favorecido com o dote do livre-arbítrio e proeminente em relação à coletividade social – bem como pelas declarações de direitos do final do século XVIII. Estas, aliás, compreendiam prerrogativas jurídicas atribuídas ao indivíduo que, em princípio, tinham por incumbência tutelá-lo face ao ente estatal e, posteriormente, fundamentar a economia que evolvia sob o leme do estamento burguês, garantindo-se a todos, por exemplo, a liberdade e o direito à propriedade privada.⁶⁵

Em verdade, a consagração legislativa dos direitos da pessoa humana se deu, primeiramente, na esfera pública, em que se buscava a proteção do indivíduo por meio do estabelecimento de garantias frente ao Estado. Diversos diplomas textuais marcaram a evolução desses direitos, dentre os quais merecem destaque o Bill of Rights dos Estados americanos em 1689, cujo artigo 8º dispunha: *excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, aprovada com a Revolução Francesa, que, também em seu artigo 8º, rezava: *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*; e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em cujo artigo 3º estabelecia: *tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne*. Esses textos evidenciaram, dentre outras, a preocupação do legislador em reconhecer direitos aos homens em uma esfera pública e política, agasalhando-o contra o absolutismo e o totalitarismo estatal.

Efetivamente, a atenção dessas declarações, em princípio, não estava direcionada para a proteção dos atributos da pessoa na seara do direito privado, inexistindo, mesmo, um sistema protetivo dos bens mais elevados do indivíduo, em face dos particulares, que transitasse além das fronteiras dos fatos típicos cunhados pelo direito penal.⁶⁶

Estas circunstâncias acabaram por assomar um ordenamento jurídico compartimentado pela incomunicabilidade dos direitos público e privado – conferindo destaque à renomada *summa divisio* entre esses “ramos da juridicidade” – e indicaram um sistema jurídico dicotomizado por distintos espectros de proteção da pessoa humana: de um lado a tutela consagrada pelas liberdades públicas (exercidas contra o Estado) e pela admissão de uma igualdade formal, ambas conferidas por meio das

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 521697/RJ. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 24 de novembro de 2006, 10:30.

⁶⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 19.

⁶⁵ DONEDA, Danilo. “Os direitos da personalidade no novo Código Civil”. In: *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37.

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 32.

declarações de direitos e pelas constituições da época; e, do outro lado, a sede das relações privadas, domínio em que reinava a autonomia privada e que subtraía do indivíduo qualquer proteção particularizada do ordenamento. Nesta fase da cultura jurídica, não se cogitava, ainda, a proteção da personalidade no âmbito do direito privado.⁶⁷

Muito embora alusões a essa categoria de direitos tenham sido feitas no século XIX, o desenvolvimento dos direitos da personalidade, verdadeiramente, teve lugar em meio às transformações ocorridas no núcleo da sociedade pós-secular, mais precisamente a partir de 1919 com a Constituição de Weimar, documento precursor-proponente de inovadora metodologia – consistente na veraz aplicabilidade dos direitos pessoais às reais circunstâncias em que se colocava em questão a personalidade humana – além de receptáculo dos institutos clássicos do direito civil, tais como o contrato, a propriedade e a família. A começar deste momento, os direitos da personalidade iniciaram o caminho rumo à conformação teleológico-estrutural de que hodiernamente dispõem, objetivando a salvaguarda da dignidade humana.

Foi, então, a partir da segunda metade do século XX, especialmente com o pós-guerra, que os direitos da personalidade lograram obter um maior desenvolvimento. Sobretudo por causa da célere evolução tecnológica e do conseqüente evoluir do consumismo, o ser humano passou a entabular relações privadas por meio das quais se tornou titular de inúmeras situações subjetivas que colocavam em risco seus atributos essenciais. Esse contexto fez repercutir uma grande preocupação com a tutela da pessoa na esfera do direito privado.

De acordo com as palavras de Karl Larenz:

A proteção da personalidade humana no seu âmbito próprio [...] foi avaliada em geral como insuficiente após a Segunda Guerra Mundial. Após a experiência da Ditadura, havia surgido uma sensibilidade diante de toda forma de menosprezo da dignidade humana e da personalidade; ao mesmo tempo se percebeu que a possibilidade de realizar atos que representem um tal menosprezo, não somente por parte do Estado mas também por outras associações ou por pessoas privadas, tinham-se multiplicado, devido ao desenvolvimento da técnica moderna (por exemplo, fitas magnéticas, aparelhos de escuta, microcâmeras).⁶⁸

Assim, a conformação teórico-dogmática dos direitos da personalidade se desenvolveu à medida que o ser humano – devido à necessidade de tutela de seus bens essenciais – se tornou objeto de proteção não apenas por parte do direito público, face às ameaças perpetradas por um Estado totalitário ou absolutista aos seus direitos políticos e à sua integridade física, mas também no âmbito das relações privadas, por meio da técnica dos direitos subjetivos.

Verifica-se, dessa forma, que a teorização dos direitos da personalidade percorreu um *iter* dicotômico, em que, primeiramente no âmbito do direito público, ensejou a proteção de alguns atributos do ser humano contra os arbítrios do Estado. Mas, posteriormente, na esfera do direito privado, obteve amplo desenvolvimento, principalmente, com o fim de escudar os bens essenciais da pessoa diante das recentes ameaças representadas por novos centros de poder distintos do ente estatal, surgidos em razão da revolução tecnológica ocorrida após a segunda metade do século XX.

3.4 Fontes dos direitos da personalidade: teses positivistas e jusnaturalistas. Teorias pluralista e monista.

Há, em doutrina, basicamente duas correntes teóricas opostas que procuram conferir legitimidade aos direitos ínsitos à pessoa humana de acordo com a fonte de onde promanam. Trata-se das correntes positivistas e jusnaturalistas.

Traços nítidos das teses antitéticas podem ser vislumbrados quando se reporta aos conceitos dos direitos da personalidade, os quais, embora já mencionados no primeiro tópico deste trabalho, permitimo-nos reiterar, aqui, com o intuito de facilitar o estudo.

⁶⁷ DONEDA, Danilo. Op. cit. p. 39.

⁶⁸ LARENZ, Karl. *Tratado de Derecho Civil Alemán*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1980 apud DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 64.

Destarte, quando são definidos, por exemplo, como “direitos inatos ao homem, que se relacionam com atributos inerentes à condição de pessoa humana”, identifica-se, nestas palavras, a influência do pensamento jusnaturalista. Por outro lado, quando são conceituados como “direitos subjetivos, reconhecidos ao homem pelo ente estatal para a defesa das qualidades mais importantes da sua personalidade”, nota-se o influxo do ideal positivista.

Com efeito, afirmam os naturalistas que tais direitos existem aprioristicamente, antes do direito positivo, sendo endêmicos, ou inatos, ao próprio homem, bem como derivados da consciência social. Apóiam-se os defensores desta corrente em fontes metalegislativas. O papel do Estado é apenas reconhecê-los formalmente, através de consagração legislativa, isto é, positivando-os, o que, entretanto, não lhes subtrai a legitimação e a força jurídica caso não venha a ocorrer. Em outras palavras, os direitos que tutelam os valores essenciais do homem possuem juridicidade independente da norma positiva, pois já existiam anteriormente a ela.

Assim, conforme esta tese doutrinária, o fundamento de legitimidade remoto, ou primeiro, dos direitos da personalidade está no direito natural, enquanto seu fundamento próximo reside no direito positivo ou nas conclusões a que chega a ciência do direito.⁶⁹

Já, os autores positivistas dizem que os direitos da personalidade são apenas aqueles que adquirem pujança jurídica por meio do reconhecimento concedido pelo Estado. Os direitos da pessoa humana não são meramente inatos, mas decorrem do ordenamento positivo. Podem até ser considerados inatos, mas não no exato sentido adotado pelos naturalistas, que pugnam por um conjunto de direitos cuja base de legitimidade assenta puramente em fatores éticos, religiosos, ideológicos e políticos, prescindindo do dado normativo. São inatos, de acordo com a teorização positivista, no sentido de nascerem com o ser humano, resultando em que todos partilham da mesma situação jurídico-existencial.⁷⁰ Necessitam, todavia, para obter proteção legal, de que a norma jurídica os reconheça formalmente.

Importante frisar que ambas as concepções fornecem argumentos bastante convincentes para fundamentar suas teses.

Aduzem os jusnaturalistas que o fato de circunscrever os direitos da personalidade ao ordenamento positivo importa limitar o Direito à norma positiva, que, embora seja sua principal forma de exteriorização, não o compreende em sua integralidade. Não se pode desprezar o papel das outras fontes de direito, tais como a jurisprudência e os costumes. Ademais, adotando-se este posicionamento, identificar-se-ia o Estado como o único a definir direitos quando, verdadeiramente, deve o ente estatal reconhecer as prerrogativas que são reveladas pelo direito natural e pela consciência popular.⁷¹ Enfim, há que se conferir reconhecimento à supralegalidade dos direitos da personalidade.

Os positivistas, por sua vez, defendem que a concepção jusnaturalista carece de fundamentação nos dias atuais, não sendo justificável senão historicamente, já que sua conformação genética esteve vinculada à tutela da pessoa humana em face do poder dos estados totalitários, o que demandava conceber direitos inatos impassíveis de serem vulnerabilizados por arbitrariedades legislativas.⁷²

Asseveram, outrossim, que o fundamento único da proteção da personalidade é o ordenamento positivo. As fontes metajurídicas ou supralegislativas não podem ser alçadas a fonte dos direitos da personalidade. Assim, a ética, a religião, a política, a consciência popular, não se constituem nascentes de onde provêm tais direitos. Isto porque, se o fossem, e se, conforme os jusnaturalistas, o papel do Estado fosse o de reconhecer os direitos inatos do homem desvelados, dentre outras, pela vontade popular, como se justificaria que, exatamente com assento nos valores inspirados por essas fontes supralegislativas – a religião, a política, a ética – vários Estados procederam ao sacrifício de incontáveis agrupamentos de seres humanos ao longo da história?⁷³

Ademais, questionam os positivistas a verdadeira possibilidade de precisar quais são os direitos inatos ao homem, ditados pela consciência coletiva, pois que esta é também um dado

⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 37.

⁷⁰ Id. Ibid., p., 42.

⁷¹ BITTAR, Carlos Alberto., op. cit., p. 8.

⁷² TEPEDINO, Gustavo. op. cit., p. 38.

⁷³ Id. Ibid., p. 40.

historicamente condicionado, ou seja, dotado de variabilidade temporal e geográfica. Impossível, portanto, não observar a diversidade de concepções existentes nos países de religião cristã e muçulmana. Naqueles em que esta predomina, harmoniza-se, perfeitamente, com a consciência social a prática da mutilação genital de crianças do sexo feminino, com a finalidade de protegê-las, futuramente, contra os males de um desejo sexual desmedido.⁷⁴ Haveria o Estado de reconhecer tal prática por ser ela ditame derivado da consciência coletiva?

Na esteira deste embate travado entre as duas escolas referenciadas, constata-se outras controvérsias doutrinárias pertinentes aos direitos da personalidade. Uma delas se refere à técnica a ser utilizada para viabilizar a introdução dos direitos da personalidade no ordenamento civil. Indaga-se a respeito da forma mais adequada de se tutelar os bens humanos extrapatrimoniais mais relevantes.

Distinguem-se, então, duas correntes teóricas. Uma, teoria *monista*, que defende o reconhecimento de um *direito geral de personalidade*, por meio de que a proteção da pessoa humana seria obtida através de uma regra geral que envolvesse todas as hipóteses em que valores essenciais ao ser humano fossem colocados sob ameaça; haveria um único direito, sem conteúdo pré-estabelecido, oposto à específica previsão de um *fattispecie* pela norma. A pessoa humana exprime um valor único, unitário, que não se harmoniza com a divisão dos seus aspectos mais relevantes e essenciais em múltiplos interesses. Portanto, as plúrimas normas difundidas pelo ordenamento não representam direitos autônomos; antes, constituem a previsão e a disciplina de características particulares da personalidade humana que integram um direito único e geral, o direito geral de personalidade.

A outra corrente teórica identifica-se com a concepção dita *pluralista*, ou *atomística*, que, por sua vez, subdivide-se em duas, sendo que uma vertente teórica pugna pela tipificação das prerrogativas jurídicas personalíssimas e a outra defende uma pluralidade de direitos indeterminados.⁷⁵

A grande refrega se estabelece no âmbito da corrente pluralista, digladiando-se com maior pungência os partidários de suas duas derivações. Questiona-se, assim, na doutrina atual, se haveria um número determinado de direitos da personalidade (se são típicos) ou se tais direitos são previstos a *numerus apertus* (atípicos), sendo seu rol normativo apenas exemplificante. Os que defendem a tipificação dos referidos direitos afirmam que só merecem tutela aqueles expressamente mencionados no texto legal, o que importa dizer, ao mesmo tempo, que restaria sem proteção aspecto inerente à pessoa humana que, injustamente, sofresse violação, vez que não goza de explícita previsão normativa.⁷⁶ Todavia, os defensores da outra vertente (atípica) argumentam, sinteticamente, que os direitos da personalidade não podem ser reduzidos às hipóteses previstas em lei porque diversos são os interesses e bens mais elevados do ser humano, muitos dos quais sem previsibilidade legal; em virtude desta diversidade, requerem sejam tutelados por diferentes direitos, ainda que não expressamente previstos.

A verdade é que, em datas contemporâneas, as duas elaborações teóricas – monista e pluralista – mostram-se extremamente insatisfatórias. Certamente, constituiria verdadeira insensatez denegar a enorme valia representada por essas orientações doutrinárias ao contribuírem, em tempos pretéritos, para o alargamento da proteção à personalidade humana. Conforme já mencionado acima, a tutela dos bens personalíssimos, antes circunscrita ao direito público e, conseqüentemente, escudando o súdito nas relações que estabelecia com o Estado, foi estendida ao âmbito do direito privado graças, fundamentalmente, a essas construções teóricas, cuja característica marcante é visualizar a personalidade humana como um *direito*.

O que se pretende, na verdade, é demonstrar a insuficiência dessas teorizações nos dias atuais. E esta insuficiência ocorre, sobretudo, em razão do constante e complexo evoluir que caracteriza as relações sociais, cada vez mais condicionadas por um desenvolvimento tecnológico sobremodo célere e insuscetível de prognose e que coloca em risco atributos essenciais da pessoa humana; bem como em virtude da tábua axiológica insculpida no ordenamento jurídico brasileiro, o qual posicionou a pessoa humana em seu vértice. Este assunto será mais detalhadamente discutido no próximo tópico.

⁷⁴ Id. Ibid., loc. cit.

⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 3º ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 154.

⁷⁶ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 31.

3.5 Cláusula geral de promoção e tutela da personalidade humana. A insuficiência das teorizações clássicas. Direitos da personalidade das pessoas jurídicas.

O legislador constituinte de 1988, ao positivar diversos valores no texto constitucional, elegeu como um dos fundamentos da república a dignidade da pessoa humana. Adiante, juntamente com o escopo de erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir as desigualdades sociais (artigo 3º, inciso, III) – objetivos que consubstanciam o princípio da igualdade material – disciplinou o princípio da isonomia formal (artigo 5º, caput) assim como previu a não exclusão de outros direitos e garantias, mesmo não expressos, que decorram dos princípios adotados pela Constituição (artigo 5º, §2º). Chega-se à conclusão, por meio de uma interpretação sistêmica, de que tais dispositivos plasmam uma *cláusula geral de promoção e tutela da personalidade humana*.

Com efeito, a pessoa humana, através do princípio da dignidade humana, foi colocada no lóbulos cupular de todo o ordenamento, constituindo seu valor máximo, merecedora de tutela em todas as relações jurídicas de que participe. Esta atitude do legislador constituiu um ato de reconhecimento de que a personalidade humana não pode ser considerada tendo em vista a sua realização por meio de somente uma categoria jurídica: o direito subjetivo. Ao revés, constitui a personalidade um valor unitário e fundamental sobre que se assenta toda a ordem jurídica; não é, então, um *direito*, mas um *valor*.

Assim, reconhecida como valor jurídico, resulta que a personalidade humana não se harmoniza com um fracionamento de seus atributos próprios em diferentes e autônomas hipóteses e direitos marcados por um perfil de incomunicabilidade, já que o valor da pessoa humana é dotado de unidade. Este valor não é passível de ser dividido em diversos bens e interesses – como é feito pelas vertentes teóricas pluralistas – sejam eles tipificados (a *numerus clausus*) ou não (a *numerus apertus*), pois é o fundamento de novas e múltiplas situações existenciais que podem estar presentes na vida de relações de que faz parte o ser humano.⁷⁷

Pioneiros no Brasil a propor uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, os professores José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, após o relato da experiência por que passaram a Alemanha e a Itália, que aderiram à esgotabilidade tipológica da normativa referente aos direitos da personalidade, concluíram, com as seguintes palavras, em um de seus artigos, pela insuficiência da técnica tipificadora:

[...] a experiência dessas duas nações demonstra o caráter absolutamente insatisfatório de uma proteção fracionada, fragmentária, de direitos da personalidade, enumerados e tipificados. A tipologia que se pretende exaustiva não exaure a realidade e camufla o sentido único de toda a problemática.⁷⁸

Também não há que se falar em um direito geral de personalidade, pois, sendo esta um valor, não um direito, suas irradiações não se exteriorizam apenas por meio de direitos. Demonstra-se inócua qualquer tentativa de defesa de um direito geral, ainda que diversificado e desprovido de conteúdo definido, capaz, por isso mesmo, de abranger todos os direitos essenciais da pessoa, pois a personalidade é realizada por meio de um complexo conjunto de situações subjetivas distintas, consubstanciadas não só em direitos subjetivos, mas também em direitos potestativos, faculdades, poderes, interesses legítimos.⁷⁹

Tem-se como corolário deste raciocínio a constatação de que não se pode determinar, *a priori*, um número de situações jurídicas subjetivas merecedoras de tutela, uma vez que o objeto a que o ordenamento jurídico pretende dispensar proteção é o valor da pessoa humana. Esta deve ser tutelada integralmente, isto é, em todas as relações jurídicas, públicas ou privadas, em que quaisquer de seus atributos mais relevantes estejam em causa, não importando a categoria jurídica por meio da qual se apresentem (direitos subjetivos, direitos potestativos, faculdades etc). Qualquer previsão exauriente de hipóteses a serem tuteladas excluiria novas exigências e manifestações da personalidade surgidas com

⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da dignidade humana*. In: Princípios do direito civil contemporâneo. Maria Celina Bodin de Moraes (coordenadora). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 54.

⁷⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O Estado de Direito e os direitos da personalidade*. In: Revista dos Tribunais, vol. 532. São Paulo: RT, 1980, p. 14.

⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro., Op. cit., p. 155.

o evolver da sociedade e igualmente merecedoras de proteção.⁸⁰ Outrossim, a tutela integral significa que tal proteção não fica restrita ao momento patológico da relação jurídica, representado pela fórmula bipartite *lesão-sanção*; abrange, do mesmo modo, a tutela promocional da pessoa, consubstanciada, por exemplo, no fato de o ordenamento atribuir sua chancela àqueles atos jurídicos, patrimoniais ou não, que efetivamente atendam à realização da personalidade; tais atos, então, passam a ter sua validade condicionada e ficam funcionalizados à axiologia constitucional e ao desenvolvimento da pessoa humana.

Seguindo estas sendas é que se chega ao entendimento de que se torna extremamente difícil admitir, diante da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja denegada proteção a situações subjetivas essenciais da pessoa simplesmente porque não constituem direitos subjetivos. Através desta cláusula, reitera-se, protegido é o valor uno da personalidade, independentemente da forma de exteriorização, representado pelos aspectos existenciais da pessoa e merecedores de tutela ainda que não possuam previsão específica.

Conclui-se, portanto, pela insuficiência das elaborações teóricas clássicas. Ao vislumbrar a realização da pessoa humana somente por meio de direitos subjetivos, frustram o desenvolvimento pleno da personalidade, pois, por encolher, ainda mais, a esfera de absorção, pelo direito, da vertente comunitária do ser humano, de sua vida de relações, não conferem legitimidade à tutela de outras situações subjetivas relevantes que, inevitavelmente, surgem com o progredir da sociedade.

Frise-se que não se está a negar a relevância dos direitos da personalidade como uma das categorias que contribuem para a total realização da pessoa humana. Reafirma-se, ao contrário, sua indelével importância, mas deve-se advertir que, isolados, não bastam à proteção integral ao valor da personalidade do ser humano.

Sejam reproduzidas as palavras do notável mestre José de Oliveira Ascensão sobre o assunto:

Há ainda situações que, logo na sua conformação originária, são afastadas da noção de direito subjectivo; e todavia, são muito relevantes na defesa da personalidade.

Pensemos em categorias de interesses juridicamente protegidos, particularmente nos *interesses difusos*. Estes têm um sentido altruísta: actuando-os, o sujeito beneficia uma comunidade. A vantagem que também ele colhe resulta da sua pertença a essa comunidade. Com essa índole, podem representar aspectos muito importantes da integração comunitária do homem e da realização deste ao serviço da comunidade. Mas como falar então dum direito da personalidade, se logo por definição se esclarece que há um *interesse* protegido e não um direito subjectivo?

[...]

Se é realmente a pessoa, com a sua inerente dignidade, que ocupa o primado, a disciplina a estabelecer deverá compreender todos estes aspectos, por serem constituintes do estatuto essencial da personalidade.⁸¹

No que se refere especificamente à admissibilidade da existência de direitos da personalidade das pessoas jurídicas, verifica-se, de antemão, numa análise sedimentológica dessas prerrogativas essenciais ao ser humano, que não incluíram eles, em seu projeto originário, quaisquer referências ao ente moral. Muito embora a normatividade clássica, assim como fez com a pessoa humana, as tenha dotado de subjetividade, entendida no sentido de poderem titularizar direitos, deveres e situações jurídicas diversas, as pessoas coletivas – excluídas aquelas que desempenham atividades sem fins lucrativos – são inspiradas por fundamentos e valores que destoam daqueles inerentes à pessoa física, e que se submetem, primacialmente, à lógica da otimização de indicadores econômicos e financeiros.⁸²

Conquanto seja certo que a pessoa jurídica possa sofrer danos em razão de ofensas à sua imagem ou à sua boa reputação, culminando com um forte estremecimento em seus índices de lucratividade e de crédito, os prejuízos decorrentes jamais se assemelham com os que podem ser experimentados pela pessoa humana em seus bens essenciais, já que, se não atingirem as pessoas dos sócios, produzem efeitos somente em relações patrimoniais. Em verdade, é a pessoa jurídica insuscetível a qualquer modalidade de abalo, por exemplo, em sua higidez física ou emocional, não

⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de., Op. cit., p. 54.

⁸¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 65.

⁸² DONEDA, Danilo., Op. cit. p. 53.

caracterizando, os prejuízos indigitados, danos equivalentes aos perpetrados à dignidade da pessoa humana.

Destarte, possível extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, ainda que com base no artigo 52 do Código Civil – o qual confere a proteção dos direitos da personalidade a esses entes “no que couber” – sem a devida consciência da disparidade de valores que informam ambos os sujeitos, subverte o escalonamento hierárquico-axiológico esculpido pelo texto constitucional. Este, como se sabe, priorizou os valores existenciais do ser humano em detrimento das situações patrimoniais. A aludida subversão ocorre exatamente quando, ao se conceder a tutela privilegiada dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, posicionam-se no mesmo estrato valorativo os bens e situações constitucionalmente hierarquizados, atribuindo-se, erroneamente, a mesma significância jurídica aos bens econômicos e extra-patrimoniais.

Utilizando estes argumentos como sustentáculo é que se chega à conclusão de que, não obstante seja merecedora de proteção, haja vista a importância que representa para a realização de inúmeras aspirações humanas, à pessoa jurídica não se pode aceder a tutela típica da personalidade humana. Aquela não existe em si e por si, mas em função e através do ser humano, não possuindo, por isto, a dignidade essencial que é atribuída somente à pessoa humana.⁸³

4. Conclusão

Em sua forma contemporânea, o Estado de Direito articula a Constituição e os direitos fundamentais. Contudo, é importante frisar que tanto o sistema jurídico positivo quanto o mundo da vida são conectados pelas dimensões do público e do privado. No sistema, o público é o Estado, o privado é a economia. No mundo da vida, o público é a participação política dos indivíduos, ou seja, é a opinião pública dos cidadãos, e o privado é a família.

Sendo o Direito mais que uma ciência, deve ser visto como uma prática social orientada por princípios e regras democraticamente fixadas e que a interpretação sistemática e finalística do texto constitucional não deixa dúvidas de que os direitos fundamentais reserva-se a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou da sua situação no Brasil. Todavia, faz-se necessário dizer que os tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário ingressa no sistema jurídico brasileiro como norma infraconstitucional sendo defeso contrariar a força normativa da Constituição.

Após esta pequena reflexão em torno do tema direitos fundamentais e direitos da personalidade, pode-se dizer em síntese conclusiva dessa evolução jurídica que o núcleo das Constituições dos sistemas jurídicos contemporâneos se constituem como o dos Direitos da personalidade (Código Civil), Direitos fundamentais (Constituição Federal) ou Direitos humanos (em nível internacional).

Logo, impõe-se pregar cada vez mais o sentimento constitucional dos juristas e operadores do Direito em prol da realização dos direitos fundamentais: civis, políticos e sociais.

5. Referências

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto do Código Civil*. disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm>. Acesso em 15/0/2006.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 26, abr-jun. 2006. Rio de Janeiro: Padma.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 315.

⁸³ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. op. cit., p. 16.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo como o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1998.

DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no novo Código Civil*. In: *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. vol. I. Barcelona: Bosch, 1947.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* (Die normative Kraft der Verfassung). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LAFER, Celso. In: *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LIMA, George Marmelstein. *Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.georgemlima.hpg.ig.com/doutrina/gerações.doc>. Acesso em 30 nov. 06.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da dignidade humana*. In: *Princípios do direito civil contemporâneo*. Maria Celina Bodin de Moraes (coordenadora). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O Estado de Direito e os direitos da personalidade*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 532, São Paulo: RT, 1980.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 189.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. I, 20ª ed., rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 17ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 3º ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion*. 5ª. Ed., Madrid: Tecnos, 1995.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. *Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 231.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª. Edição, 3ª. Tiragem, Editora Malheiros, 1993.